

**Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 400/2018 de 16
Abr. 2018, Rec. 24/2017**

Ponente: Arastey Sahún, María Lourdes.

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 24/2017

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahun

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 400/2018

Excmas. Sras.

D.^a. María Milagros Calvo Ibarlucea

D.^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. Rosa María Virolés Piñol

D.^a. María Lourdes Arastey Sahun

D.^a. María Luz García Paredes

En Madrid, a 16 de abril de 2018.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Rubén , representado y asistido por la letrada D.^a. Pilar Alfaro San Andrés, contra la sentencia dictada el 13 de septiembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación nº 3607/2016 , interpuesto contra la sentencia de fecha 11 de enero de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de los de Barcelona , en autos núm. 737/2014, seguidos a instancias del ahora recurrente contra FCC Construcción, S.A. y en el que ha sido parte el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA).

Ha comparecido como parte recurrida FCC Construcción S.A. representada y asistida por el letrado D. Miguel Medes Pérez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Lourdes Arastey Sahun.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 11 de enero de 2016 el Juzgado de lo Social nº 31 de los de Barcelona dictó sentencia , en la que se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- El demandante prestó servicios para la demandada desde el 24 de Septiembre de 2008, ostentando la categoría profesional de Ingeniero. Con fecha 24-9-2008 había suscrito un contrato de trabajo indefinido con FCC Construcción, S.A. para trabajar en Irlanda, en la obra "M-50 PPPS Cheme" sita en Unit 43-North Park Finglas-Dublin 11, que la Delegación de Transportes perteneciente a la empresa demandada realizaba en dicho país.

SEGUNDO.- Con fecha 23 de Mayo de 2011 el actor suscribió con la demandada contrato de movilidad internacional para prestar mis servicios profesionales como Ingeniero en Toronto (Canadá), concretamente en el centro de trabajo sito en "Yonge Street. Suite 1801". Ontario. En

la cláusula Quinta del expresado contrato se estipulaba la siguiente retribución dineraria durante la expatriación:

"a.-) Un salario bruto anual igual al que el trabajador venía percibiendo en su puesto de trabajo anterior que era de 52.800 euros que se denomina "Salario bruto anual de referencia" neto 36.591,29.-€ que se denominará "salario neto anual de referencia".

b.-) Se establece un plus neto anual de expatriación de 28.614,39.-€ que se devengará por cada mes de estancia en el país de destino o parte proporcional correspondiente en caso de que sea inferior al mes.

c.-) A la suma del "salario neto anual de referencia" y del "plus neto anual de expatriación" se le denomina "salario neto anual de expatriación".

d.-) De esta forma se asignará al empleado para el desempeño de su función en Canadá un "salario bruto de expatriación" que se obtendrá añadiendo al salario neto anual de expatriación el impuesto de rendimiento del trabajo de las personas físicas y las cuotas de SS que resulten de aplicar la legislación correspondiente"

El trabajador tendrá derecho a disfrutar revisiones salariales de acuerdo con la política que la empresa determine.

Estas condiciones económicas tendrán vigencia durante el desplazamiento internacional y una vez finalizado este volverán a ser, como mínimo, iguales a las que tuviera en origen antes de la expatriación debidamente actualizada.

La cantidad que el trabajador percibe, computada anualmente y como superior a la establecida en su convenio por su categoría tendrá a todos los efectos la consideración de Complemento Personal y compensará y absorberá en su conjunto y en cómputo anual todo tipo de aumentos y mejoras que puedan establecerse por el Convenio Colectivo de aplicación."

TERCERO.- En la cláusula Sexta del contrato señalado en el hecho probado anterior se establecían a cargo de la empresa otras condiciones asociadas a la expatriación:

"1.- El alquiler de una vivienda adecuada a las condiciones de vida del país de destino.

2.- Los gastos de viaje desde el domicilio del trabajador en España hasta el lugar de trabajo en el extranjero y los de retorno al acabar en la misma. Además abonará dos viajes al año al país de origen extensivo a todos los miembros de la misma que convivan en el mismo domicilio.

3.- El importe total de la prima de un Seguro Médico establecido con una compañía aseguradora.

4.- Los gastos de mudanza.

5.- Clases para el aprendizaje del idioma del país de destino al empleado, cónyuge o pareja de hecho e hijos que se trasladen y convivan con el empleado con un tope máximo de un año y de 250 horas por persona".

CUARTO.- En la cláusula Once del repetido contrato se establecía la obligación empresarial de asumir lo siguiente:

"1.- Un seguro de accidente que cubre el accidente con resultado de muerte, incapacidad permanente total o absoluta, incluyendo en el caso de los desplazados al extranjero el "Salario Bruto Anual de Expatriación" a los efectos del cálculo de las indemnizaciones que les pudieran corresponder.

2.- Seguro de asistencia en viajes para cubrir los gastos de repatriación en casos excepcionales."

QUINTO.- Con fecha 29 de Octubre de 2013, la empresa procedió a la comunicación a la representación legal de los trabajadores su intención de iniciar procedimiento de despido colectivo, iniciándose el periodo de consultas el 15 de Noviembre de 2013, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51.2 del ET , desarrollándose un total de 11 reuniones a fin de llegar a la consecución de un acuerdo. Con fecha 15 de Diciembre de 2013, las partes dieron por finalizado

el señalado Periodo de Consultas levantándose acta final con acuerdo respecto del procedimiento de despido colectivo y de las medidas de suspensión temporal de contratos de trabajo derivadas del Plan Social de Acompañamiento, que fue comunicado el 20 de Diciembre de 2013 a la Autoridad Laboral.

SEXO.- Por carta de fecha 28 de enero de 2014, se procedió a comunicar al actor la extinción de su contrato de trabajo con efectos de ese mismo día, al amparo de lo establecido en el art. 53 del E T . por las causas de índole económica, productiva y organizativa que constan detalladas en la misma. En la referida carta se le indicaba que, de conformidad con el acta final de acuerdo las condiciones aplicables a la extinción serían las siguientes:

"De conformidad con lo dispuesto en el Plan Social de Acompañamiento, en la cláusula segunda, epígrafe C) del Acta de Acuerdo de 15 de diciembre de 2013, se pone a su disposición mediante transferencia bancaria al número de cuenta NUM000 en la que tenemos domiciliada su nómina, las siguientes cantidades en concepto de indemnización, que incluyen la indemnización legalmente prevista en el art. 53.1b) del Estatuto de los Trabajadores :

- 23.994,52.-€ correspondientes a la indemnización de 31 días de salario por año de servicio, con el tope de 25 mensualidades.
- 5.000.-€ en concepto de indemnización adicional lineal.
- Abono de la liquidación reglamentaria y el importe equivalente a 15 días de preaviso omitido. Igualmente se ponen a su disposición mediante transferencia bancaria al número de cuenta NUM000 en la que tenemos domiciliada su nómina."

SÉPTIMO.- El actor suscribió el recibí de la carta y se le efectuó una transferencia bancaria por un importe líquido de 40.640,97 euros, importe que consta detallado en la hoja de salarios del 1 al 28 de Enero de 2014 y que comprende los siguientes conceptos:

- Salario del 1 al 28 de Enero.
- Vacaciones.
- Preaviso.
- Liquidación de pagas extras.
- Indemnización despido exenta 23.994,52 euros
- Indemnización lineal 5.000 euros

OCTAVO.- Desde el inicio de su prestación de servicios en Canadá la empresa asumía los siguientes importes mensuales:

- Abonaba al actor una gratificación expatriación en la cuantía mensual de 3.440,38 euros.
- La empresa abonaba directamente el alquiler de la vivienda ocupada por el actor por importe de 1.742,27 euros, haciéndolo durante los doce meses del año.
- Abonaba al actor el importe correspondiente a un seguro médico suscrito con la compañía Allianz Worldwide por importe de 218,67 euros mensuales.
- Abonaba al actor el importe correspondiente a un seguro de accidentes por importe de 100 euros mensuales.

NOVENO.- La empresa puso a disposición del actor un vehículo de empresa Nissan Versa, matrícula YXGF... , cuyo importe mensual ascendía a 230,11 euros.».

En dicha sentencia aparece la siguiente parte dispositiva:

«Que estimo en parte la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por D. Rubén contra FCC Construcción, S.A. y el FOGASA, sobre reclamación de cantidad, y condeno a la empresa a abonar al actor la cantidad de 28.904,86 euros.».

SEGUNDO.- La citada sentencia fue recurrida en suplicación por FCC Construcción S.A. ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la cual dictó sentencia en fecha 13 de septiembre de 2016 , en la que consta el siguiente fallo:

«Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por FCC Construcción, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 31 de los de Barcelona en fecha de 11 de enero de 2016 , recaída en autos 747/2014 y, en consecuencia, la debemos revocar y revocamos en parte, a los únicos efectos de fijar la cuantía de la indemnización en 19.287 euros con 64 céntimos, y no los 28.904 euros con 86 céntimos que allí constan, manteniendo el resto del pronunciamiento en sus términos, con devolución del depósito efectuado y, en su caso, de diferencias por las consignaciones en metálico efectuadas o la cancelación del aseguramiento parcial prestado de la cantidad objeto de condena, una vez esta sentencia sea firme.».

TERCERO.- Por la representación de D. Rubén se formalizó el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ante la misma Sala de suplicación.

A los efectos de sostener la concurrencia de la contradicción exigida por el art. 219.1 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), el recurrente propone como sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 14 de junio de 2016, (rollo 1139/2016).

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 31 de marzo de 2017 se admitió a trámite el presente recurso y se dio traslado del escrito de interposición y de los autos a la representación procesal de la parte recurrida para que formalizara su impugnación en el plazo de quince días.

Evacuado el traslado de impugnación, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal que emitió informe en el sentido de considerar el recurso procedente.

QUINTO.- Instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente, se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 16 de abril de 2018, fecha en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Frente a la sentencia del Juzgado que estimó la demanda del trabajador en reclamación de cantidad por la diferencia en la indemnización por despido objetivo (derivado de un despido colectivo), la empresa demandada acudió a la suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia revocó en parte el pronunciamiento de instancia excluyendo de lo reclamado la suma que correspondería a la consideración como salario del importe del alquiler de la vivienda; siendo sobre este extremo sobre el que se mantiene la controversia litigiosa en esta sede.

2. El demandante inicial se alza ahora en casación para unificación de doctrina y aporta, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana el 14 de junio de 2016 (rollo 1139/2016).

3. Entre la sentencia recurrida y la señalada como referencial es de apreciar la concurrencia de la identidad exigida por el art. 219.2 LRJS , pues en ambos casos se discute si el mismo concepto - "alquiler de vivienda"- puede calificarse o no como salario en circunstancias que guardan una estrechísima similitud. Se trata en los dos supuestos de trabajadores españoles de la misma empresa, contratados ambos en las mismas fechas en España para prestar servicios en Canadá, con quienes se pacta que, además del salario base, la empresa abonará, entre otras partidas, el alquiler de la vivienda.

Pese a tal analogía de circunstancias, la sentencia de contraste, a diferencia de la recurrida, considera que el importe de la renta arrendaticia que la empresa asumía se integra en la retribución salarial del trabajador, por lo que llega a una solución diametralmente opuesta a la

que ahora debemos enjuiciar. Por ello, no cabe duda de la contradicción existente entre ambas, como también opina el Ministerio Fiscal.

SEGUNDO.- 1. El recurso del demandante inicial denuncia la infracción del art. 26.1 y 2 del Estatuto de los trabajadores (ET), sosteniendo que el importe abonado por la empresa en concepto de alquiler de la vivienda ocupada por el trabajador ha de ser incluido en el concepto de salario.

2. El concepto básico de salario que se consagra en el art. 26.1 ET se corresponde con lo establecido en el art. 1 del Convenio 95 OIT, según el cual «...el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar».

De la lectura coordinada de ambos preceptos se desprende que la calificación jurídica de salario no va a depender en ningún caso de la denominación que se de a la concreta partida económica. Como pusimos de relieve en la STS/4ª de 16 abril 2010 (rcud. 70/2009), el art. 26.1 ET constituye una norma imperativa de derecho necesario, por lo que será salario toda prestación económica que retribuye el trabajo del empleado.

A la hora de calificar las cantidades abonadas por la empresa al trabajador, hemos aplicado una presunción *iuris tantum* en favor de entender que es salario todo aquello que percibe el mismo, salvo que se pruebe que obedece a gastos ocasionados a éste con motivo de la actividad laboral (STS/4ª de 4 mayo 2010 -rcud. 2528/2009 -). Así pues, el salario se configura por todas aquellas percepciones económicas que el trabajador obtiene de su empleador, salvo que pueda quedar constatado que obedecen al concepto del apartado 2 del art. 26 ET , en que, se define lo que no integraría el salario: indemnizaciones o suplidos por gastos, prestaciones e indemnizaciones de Seguridad Social, e indemnizaciones por traslado, suspensiones o despido.

3. Dado que en el presente caso no estamos ante un traslado en los términos del art. 40 ET , ya que las partes suscribieron un contrato con la finalidad específica de prestar servicios en Canadá, nos encontraríamos ante la posibilidad de configurar el importe del alquiler de la vivienda del actor dentro del primero de lo supuestos (indemnizaciones o suplidos por gastos), que es lo que la sentencia recurrida sostiene.

En relación a este tipo de conceptos nos hemos pronunciado en otras ocasiones en el sentido de sostener que, respecto de las dietas por comidas, pernoctación o similares, lo que se trata es de compensar por gastos ocasionados al trabajador fuera de las condiciones ordinarias de su prestación de servicio, de suerte que, precisamente porque no puede comer o dormir en su domicilio o residencia habitual u ordinaria, se ve en la necesidad de llevar a cabo ciertos desembolsos (STS/4ª de 3 febrero 2016 -rcud. 143/2015 -). Por ello, es un suplido que no tiene naturaleza salarial un plus por el transporte que solo se abona los días que se acude al trabajo (STS/4ª de 27 septiembre 2017 -rcud. 2139/2015 -); como también está fuera del concepto de salario el vale para la adquisición de ropa de trabajo que compensa tal gasto soportado previamente por el trabajador (STS/4ª de 26 septiembre 2017 -rec. 220/2016 -).

4. Para la Sala de suplicación catalana las cantidades abonadas por la empresa en concepto de alquiler de vivienda pretendían indemnizar por el cambio de residencia. Pero lo cierto es que, como ya hemos apuntado, no estamos ante un supuesto de traslado, en que se impusiera al trabajador un cambio de residencia, sino ante un pacto en que precisamente se establece el lugar de prestación de servicios -cuya suscripción implica, obviamente, que el trabajador reside en lugar próximo al lugar en que hayan de desarrollarse-. Hemos señalado ya que, cuando no existe desplazamiento o traslado en términos legales o convencionales por celebrarse el contrato para la prestación de servicios en el lugar que constituía su objeto, «es claro que lo abonado por ese concepto tenía carácter salarial y no compensatorio de gastos por desplazamientos a los que no obligaba el contrato. Es precisamente la inexistencia del deber de desplazarse de un centro de trabajo a otro por imposición empresarial el dato que sirve para calificar la naturaleza jurídica de

las indemnizaciones pagadas...» (STS/4ª de 16 febrero 2015 -rcud. 3056/2013 - y 7 abril 2015 - rcud. 1187/2014-).

Es cierto que en la STS/4ª de 5 febrero 2014 (rcud. 1136/2013), que la recurrida cita, poníamos de relieve que en ocasiones la cuestión de la percepción de importes por vivienda puede tener difícil calificación, pero en todo caso sostuvimos que, para ser extrasalarial, debería suponer la compensación de un gasto relacionado como consecuencia de la actividad laboral.

En el presente caso se pacta desde el inicio de la prestación de servicios en Canadá que la empresa asume el importe del alquiler de la vivienda del trabajador, lo que implica la retribución con una suma vinculada a un concepto de gasto que, con independencia del lugar en que se desarrollara el trabajo, correría a cargo del trabajador, ya que, sea cual sea el lugar en que la prestación de servicio se desenvuelva, es éste el que tendría que soportar el coste de su vivienda sin repercusión alguna sobre la relación laboral. Por tanto, cuando el contrato de trabajo estipula que, entre los emolumentos que percibirá el trabajador, se incluye el importe del alquiler, estaba incrementándose claramente la retribución global por razón del contrato. No estamos ante un suplido por un desembolso extraordinario efectuado por el trabajador en razón de su trabajo, sino, por el contrario, ante el coste ordinario de la vida habitual de todo ciudadano. La empresa ha pasado a retribuir una suma que sería dedicada a vivienda por el trabajador con lo que incrementa sin duda la retribución salarial de éste y no se limita a suplir el gasto adicional, pues el trabajador no se halla temporalmente desplazado por razón del contrato, sino que necesariamente reside en la localización de destino fijada en el mismo.

En definitiva, sin duda el alquiler de la vivienda constituye salario, bien porque la empresa incluya una cantidad en la retribución mensual destinada a ese concepto, bien como salario en especie cuando ésta abone directamente la renta. Aquí el pacto al que las partes llegaron incluía una serie de partidas que necesariamente implican el monto total de la retribución que el trabajador percibía por razón de su trabajo. Así lo sostuvimos en nuestra STS/4ª de 13 noviembre 2001 (rcud. 858/2001), en que, recordando las STS/4ª de Supremo de 31 de octubre de 1983 y de 11 de febrero de 1997 , indicábamos que, tanto si la retribución por vivienda consiste en el pago o reembolso de gastos de alquiler como en la cesión del uso de la misma, estamos ante modalidades retributivas que tienen en la jurisprudencia la misma consideración de retribución salarial.

TERCERO.- 1. Consecuentemente con lo expuesto, debemos estimar el recurso del trabajador, tal y como también propone el Ministerio Fiscal.

Ello nos lleva a casar y anular la sentencia recurrida y a resolver el debate suscitado en suplicación en el sentido de desestimar íntegramente el recurso de dicha clase interpuesto por la empresa con la consiguiente confirmación íntegra de la demanda de instancia e imposición de las costas de dicho recurso a la parte allí recurrente (art. 235.1 LRJS).

2. No procede hacer condena en costas en este recurso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por D. Rubén y, en consecuencia, casamos y anulamos la sentencia dictada el 13 de septiembre de 2016 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en recurso de suplicación nº 3607/2016 , y, resolviendo el debate suscitado en suplicación, desestimamos íntegramente el recurso de dicha clase interpuesto por la empresa y confirmamos en su totalidad la sentencia de fecha 11 de enero de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social nº 31 de los de Barcelona en autos núm. 737/2014, seguidos a instancias del ahora recurrente contra FCC Construcción, S.A. y en el que

ha sido parte el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), con imposición de las costas de dicho recurso a la parte allí recurrente. Sin costas en esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.